

//NERAL ROCA, 2 de noviembre de 2010.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "EXPOFRUT S.A. c/ ROLANDELLI JUAN ANGEL s/ EXCLUSION DE TUTELA SINDICAL - SUMARISIMO-" (Expte.Nº 2CT-22314-10).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: A fs.9/10 el Dr. Adolfo Bonacchi, apoderado de Expofrut S.A., con patrocinio letrado de los Dres. Joaquín Garro y Néstor Reali, promueve demanda para que se excluya de la tutela sindical a Juan Angel Rolandelli, a efectos de disponer la sanción disciplinaria por el término de 2 días.

Relata que el demandado se desempeña como operador de empaque en temporada de cosecha y bajo el régimen permanente discontinuo, habiendo sido electo como delegado gremial del establecimiento de Lamarque por el término de dos años desde el 5-5-2009. Ya en 16 de enero había sido amonestado por incumplir con las buenas prácticas. En 30-1-2010 la empleadora toma conocimiento de que habría amenazado al capatáz Horacio Peinicura, lo que obligó al nombrado a realizar la denuncia policial. La encargada de control de calidad, presentó descargo en el que da cuenta de haber presenciado el incidente.

Ofrece prueba.

A fs.14 denuncia un hecho nuevo y amplía demanda por haber incurrido el demandado en una nueva falta que a consideración de la empresa merece sanción. El sr. Rolandelli en 17-2-2010 cuando se encontraba ingresando al establecimiento fue encontrado hablando con su teléfono celular, incumpliendo con las buenas prácticas, pretendiendo sancionarlo con dos días de suspensión.

A fs.11 se corre traslado de la demanda y a fs. 15 de la ampliación.

A fs.19/21, los Dres. Hernán Pinolini Carcioffi y María Simonella como apoderados de Juan Angel Rolandelli, contestan demanda en la que niegan que haya sido amonestado el 16-1-2010, que haya amenazado al capatáz Paineicura y que haya hablado por teléfono celular en 17-2-2010.

Denuncian persecución que da comienzo cuando en 16-1-2010 se le endilga incumplir con las buenas prácticas y puestas en escena las que se le endilgan respecto de Peinicura y el uso del teléfono celular. Reconocen haber usado un celular, mas solo para el cotejo de la hora del reloj de la empresa con la del aparato pues el personal en diversas

oportunidades expresaron que se adelantaba el ingreso o retrasaba el egreso.

Ofrece prueba.

A fs.29 se abre a prueba, produciéndose a fs. 37/39 informativa del Sargento Christian Casas de la Policía de Lamarque y a fs. 41 audiencia de vista de causa, llamándose con posterioridad a los alegatos, AUTOS para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- ALCANCES DE LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN EL JUICIO DE EXCLUSIÓN DE TUTELA: En vistas de que es esta la primera exclusión de tutela sindical que esta Sala ha de abordar, entiendo que se impone conceptualizar el alcance que este cuerpo da a la figura, pues en función de ello la decisión puede hacer o no cosa juzgada respecto de la sanción, aspecto éste intrínseco del pronunciamiento.

A tal fin, he de recurrir al claro detalle explicativo de las diferentes teorías que José Daniel Machado y Raúl Horacio Ojeda hacen en "Tutela Sindical -estabilidad del representante gremial-" (Rubinzal Culzoni Editores, edición 2006, ps. 293 y sgs).

1.- Teoría de la naturaleza cautelar: "...la acción no tendría otro objeto específico que el de obtener la autorización judicial que restituya al empleador el ejercicio pleno de sus facultades ordinarias, relevando el impedimento legal para proceder que deriva de la investidura, a cuyo fin la tríada congruente pretensión-debate-sentencia debe girar en torno a la ausencia de implicancias sindicales o, dicho de otro modo, de propósito discriminador ... La comprobación del juez, en esta inteligencia, debe limitarse a una ponderación de probabilidad o verosimilitud...".

2.- Teoría de la acción declarativa estricta (o de conocimiento restringido): "...Según este punto de vista, la acción tiene por objeto la declaración judicial específica que le confiere su nombre: exclusión de tutela. Una vez acogida, mediante sentencia, hace cosa juzgada solamente respecto de la cuestión que ha sido materia de ese debate ... En función de ese carácter definitivo a propósito de la exclusión de tutela -bien entendido que no se trata de una remoción del cargo ni de un levantamiento definitivo de la protección, sino de la habilitación para obrar con relación a los hechos expuestos- es que corresponde anticipar con la demanda el tipo y gravedad de la medida que se pretende adoptar. Pero esta última exigencia no corresponde a la necesidad de expedirse sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de un contrato de trabajo común, sino a la trascendencia de la declaración de exclusión en sí misma. Es decir, el sentido especialmente estricto con que debe apreciarse la gravedad de los hechos cuando está en juego la estabilidad de un representante..." .

3.- Teoría del juicio declarativo pleno: "...el pleito de exclusión resulta idóneo para

expedirse, con carácter de cosa juzgada material, tanto sobre la venia de validez en sí como sobre la adecuación proporcional entre la entidad de los hechos demostrados para fundarla y la gravedad de la decisión patronal ... En síntesis, descarta que puedan escindirse las apreciaciones tocantes a la validez o a la licitud del acto, como materia de dos pleitos secuenciados y consideran, en cambio, que no es posible expedirse sobre la primera sin abordar la segunda...".

4.- Teoría de la pretensión disponible: Atiende al principio de congruencia como espacio delimitador de la atribución jurisdiccional, "...de modo que si se ha solicitado la venia en el sentido que la entienden los partidarios de la cautelaridad, exclusivamente a los fines de obtener una declaración basada en la verosimilitud de existencia de una causa ajena a la cuestión sindical, corre con los riesgos de una sentencia que será oponible al demandado en tales términos y no en unos mas amplios. En otras palabras el representante quedaría habilitado para demandar posteriormente no sólo a mérito de la posible falta de justificación causal de la medida que se adopte sino también las consecuencias económicas resultantes del sistema de garantías en tanto la validez del acto jurídico no purga su posible ilicitud ni la presunción de constituir un acto discriminatorio ... Si en cambio la demanda se dedujo precisando acabadamente, a la par de los hechos justificativos, el tipo y extensión de la medida que se propone adoptar, excitando de tal suerte un debate (y una sentencia) que no agota en la validez del acto sino que involucra su licitud, la cosa juzgada resultante comprende la decisión judicial a propósito de todos los argumentos considerados y de los alcances de lo resuelto...".

La postura dominante hoy día es que la sentencia que se dicta en el procedimiento sumarísimo de exclusión de tutela debe ser una decisión de carácter pleno y definitivo en el que la resolución de las cuestiones controvertidas requieren que el juez se expida sobre los hechos por los cuales se pretende la exclusión y la propuesta sancionatoria, pues se trata de un acto complejo que se configura con una confluencia de voluntades: la del empleador que tiene la iniciativa y la del órgano judicial que la admite y legitima. Con ella comulgo.

Creo que la idea de "proceso cautelar es impracticable". En primer lugar porque no concibo una decisión jurisdiccional dispuesta con posterioridad a un pleno debate, como si se hubiera hecho un análisis provisorio. No porque estemos ante un proceso sumarísimo se ha de apreciar en grado de apariencia. Se falla con certeza jurisdiccional y la seriedad que el haber escuchado a las partes y producido la prueba requiere.

Participo de la posición asumida por el Dr. Jorge Bermudez (citado en la bibliografía

antes referida: ps. 296/297) quien señala que aunque abreviado, el proceso previsto en el art.52 permite una decisión declarativa que pone fin al entredicho y por ende un resultado irrevisable posteriormente, de modo que aunque admite un ulterior proceso ordinario, el trabajador puede demandar el pago de las indemnizaciones comunes de todo trabajador, pero no las derivadas de la 23.551, toda vez que, al ser despojado de la tutela, ha perdido las prerrogativas inherentes a su cargo.

Justamente por ello, es impensable la idea de un control judicial limitado exclusivamente a la justificación de fondo que pueda o no tener el empleador para despedir, suspender o aplicar el *ius variandi*. Si bien es razonable devolverle el ejercicio pleno de sus facultades ordinarias de dirección y disciplina, la pérdida del control sobre los alcances de la decisión patronal y también los resguardos propios de la figura protectoria, es ajena al sistema.

Visto así, la autorización de exclusión, significaría una suerte de cheque en blanco al empleador sin comprobación del sentido y alcance con que habrá de utilizar la habilitación. Ciertamente es que puede ser bien o mal utilizado, pero es riesgoso para el sistema, pues a partir del acogimiento favorable de la exclusión, el resorte operador queda en poder de aquel contra quien el régimen ha otorgado la garantía.

De allí que en el proceso de exclusión de tutela, el juzgador debe tener la certeza de la ausencia de implicancias sindicales o propósito discriminatorio, de los hechos que justifican el levantamiento de la protección y de la integridad de cuanto ha de generar la exclusión.

Se impondrá el levantamiento de la protección, con la habilitación para obrar con relación a los hechos expuestos, con lo que corresponderá que la accionante anticipe con la demanda el tipo y gravedad de la medida que se pretende adoptar, pues la trascendencia de la declaración impone expedirse sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Así las cosas, el comportamiento habrá de ser apreciado a la luz de la investidura y la trascendencia de lo acontecido. La medida de la autorización permitirá a la empleadora otorgar la posibilidad de actuar y hasta mutar su decisión en menos pero siempre dentro del límite que impone el pronunciamiento.

No creo que la ley haya otorgado al juez el poder de inmiscuirse en las decisiones sancionatorias de la empresa, ya que es el empleador quien da cuenta de la medida que pretende tomar o de la consistencia del *ius variandi*. Sólo le confiere la facultad de apreciar en concreto la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción que se

pretende aplicar y la certeza de que no hay en ello una discriminación al representante de los trabajadores por su condición de tal. Al igual que lo hace en el marco de cualquier otro proceso, en el que el juez está llamado a analizar la coherencia de las decisiones disciplinarias o el ejercicio del *ius variandi*.

El hecho de que ello se disponga en el marco de un proceso sumarísimo, no cercena la producción de prueba, permite válidamente la indagación de los hechos y lo único a lo que apunta el tipo procesal elegido por la ley, se relaciona con el acortamiento de los tiempos decisorios, en atención a las cuestiones que se ponen en consideración que contemplan las dos caras de la moneda: el privilegio que representa la tutela y la limitación de derechos como empleador.

II.- HECHOS ACREDITADOS: Ha demostrado la demandada el efectivo acaecimiento de los hechos invocados a fs. 9/10 y fs.14 para pedir el desafuero. Las testimoniales rendidas dieron cuenta de que el demandado amenazó a un jefe de sector y también usaba (sea para comunicarse o para controlar la hora) sin pedir autorización para ello, un teléfono celular en el sector en que está prohibido.

El testigo Horacio Adrián Peinicura, es dependiente de Expofrut desde 2006. Ha trabajado en el sector SORMA de enmayado y embolsado y es capatáz del mismo desde 2010. Fue cambiado en 2009 a despacho de frigorífico como auxiliar administrativo. Conoce a Rolandelli desde que entró a Expofrut. Se le exhibe la exposición policial de fs.6, que reconoce. Cuenta que Rolandelli trabaja en el sector de palletizado y que no ha tenido trato con él desde un año antes del hecho. El día en cuestión, cuando se encontraba trabajando en su escritorio, se acerca Rolandelli y lo insulta diciéndole "...pendejo de mierda, peñejo agrandado, dejá de joder con los delegados. Cuidate dejate de joder..." (sic). Se le acercó aún mas sobre el escritorio como para pegarle. Le dijo que no le pegaría en el lugar porque estaba protegido, pero que lo haría afuera. Pasado el hecho lo contó al encargado Horacio Martínez, quien lo mandó a hablar con Villanova de Recursos Humanos quien lo alcanzó a la comisaría. Después de ello no hubo mas intercambio. Según refirió el detonante de la actitud tomada por Rolandelli fue que se había presentado a su sector y estuvo unos cuarenta minutos hablando con una clasificadora, razón por la que preguntó al capatáz de su sector si había autorizado al demandado a concurrir a su sector. Recibió como respuesta que el delegado puede hacer lo que quiera. Dos días después Rolandelli apareció en su oficina y ocurrió lo que relatara. Según tiene entendido ha habido quejas de otros capataces por incumplimientos: hablar por teléfono y estar comiendo en el lugar de trabajo. Dos

capataces mujeres Paula Hernández y Grandón (ambas de máquina 2) le contaron que se dirige hacia ellas de mala manera. Que utiliza un modo soberbio y prepotente. Ha cambiado su conducta pues antes de ser delegado era una persona cordial y saludaba al ingresar. Desde que lo es solo se acerca para hacer reclamos o prepotear. El hecho descripto ocurrió a la vista del resto del personal mientras se estaba trabajando aunque el ruido de las máquinas no permite escuchar lo que ocurre a menos que se esté muy cerca. Los que vieron la actitud le preguntaron lo que había pasado y lo vieron nervioso pero no les contó porque no era algo que el personal debiera saber. La chica de calidad de nombre Débora Pereyra al momento de volver de hacer la denuncia policial le preguntó que había pasado porque lo escuchó gritar a Rolandelli. Ella estaba en un escritorio a unos metros y le dijo que vio lo que pasó y cuando le contó que en la policía había dicho que no tenía certeza de que hubieran escuchado, ella dijo que no quería tener problemas con esas cosas, ni con los delegados. Cuando fue a la policía pensó en una denuncia, pero el oficial que le tomó la declaración le dijo que no tenía que hacer una denuncia sino una exposición.

El testigo Pablo Rolando Labrin, quien no trabaja en el mismo sector de Rolandelli pero ha coincidido en algunas oportunidades por rotación ante falta de personal, le hizo reclamo al demandado en su condición de delegado porque la chicharra de ingreso y salida no sonaba o sonaba fuera de tiempo. Ello había sido advertido por un grupo de compañeros de los dos turnos. O era un problema de la chicharra o un error en el reloj. En diversas ocasiones el encargado del sector les anunciaba horario de salida y al llegar al fichador no podían hacerlo porque el reloj aún no marcaba la hora de salida. Con la entrada no han tenido problemas porque están cinco minutos antes de ingresar. Sabe que Ronaldelli se encargó de controlar aunque él no lo vio. Al tiempo se normalizó la situación. Lo que relata ocurrió al principio de la temporada 2010 que este año comenzó temprano. A mediados de enero se planteó el tema y unos días después se solucionó. Habrá pasado una semana. Lo de la chicharra se dejó de lado porque el capatáz les permitía terminar y bajar independientemente de que sonara o no. No sabe como controló el demandado lo del reloj. Está unos metros antes de ingresar al empaque, pero en ese sector ya está la exigencia de la conducta de buenas prácticas, donde no se permite ingreso con celular. Cuando ingresa a ese sector hay un casillero donde se guardan las pertenencias y entre ellas debe dejarse el celular. La prohibición es para todos, y creería que también para los capataces. Sin embargo a los mandos medios los he visto con el celular en la mano y las capataces mujeres no usan cofia sino gorra. No

pudo referir si sobre mediados de febrero todavía tenían problemas con el reloj, aunque creería que podía ser que persistiera el de la chicharra.

Luis Videla es el responsable de recursos humanos en la unidad de ejecución de Expofrut en Lamarque desde hace 17 años. Conoce al demandado desde que ingresó en el año 1996. Villanova que es secretario en recursos humanos le informó lo que había pasado entre Rolandelli y Peinicura. En la central le dieron los datos de los pasos a seguir. Sugirió la exposición policial de los hechos. Si debe tratarse de una exposición o una denuncia suelen decirlo en la comisaría. Cuando hay altercados sugiere hacer eso y lo pide para cualquier circunstancia de esa naturaleza, haya o no delegados de por medio. Lo que le informaron es que Rolandelli le había hablado en términos inadecuados a Peinicura aunque no recuerda las palabras que utilizó. Lo había "apurado" a Peinicura. Le dijo que se las vería con él afuera. Le dijeron que Rolandelli se había acercado al sector de Peinicura. Ocurrió en el escritorio. Débora Pereyra manifestó que no escuchó lo que pasaba porque hay mucho ruido en el sector, pero pudo advertir que estaban discutiendo. Se le exhibe constancia documental en fotocopia a fs.7 y responde que fue el texto que recibió firmado por ella, a quien le pidió que le hiciera una constancia escrita de lo que ocurrió. No recuerda el diálogo que mantuvo con ella, pero sí que no hablaba de "diálogo" sino de discusión. No puede obligarla a escribir lo que no quiere. Elevó el informe a Central que es donde toman las decisiones disciplinarias. Tiene buena opinión sobre Rolandelli, pero su actitud ha cambiado desde que asumió como delegado. Contesta de mala manera. Anteriormente no habían tenido problemas con él. No recuerda que anteriormente se le aplicara alguna sanción. La primera amonestación fue ya siendo delegado, cuando lo encontraron masticando mientras hace el trabajo y está prohibido por las "buenas prácticas". Se le llamó la atención. Luego se lo vio utilizando el teléfono en el sector donde está prohibido, se le dijo que no lo hiciera y también se enojó. Si el delegado necesita hablar con la seccional o central que posibilidades se lo autoriza a comunicarse utilizando el teléfono fijo de la empresa o el celular fuera de la órbita de lugares prohibidos. Cuando de la seccional gremial o central llaman para comunicarse con los delegados se los hace llamar para comunicarlo. De idéntico modo se manejan en urgencias de llamados con todos los operarios. La prohibición de llevar celulares en el lugar es porque se puede caer y contaminar la calidad del producto. Son normativas que el cliente pide. Todos refieren a la garantía del producto final. Al inicio de cada temporada las recuerdan y remarcan a los operarios que ya las conocen y entregan una copia del catálogo de exigencias sobre buenas

prácticas al nuevo. Todos los años se los capacita sobre el tema. Se da asimismo una capacitación al personal con gente de la empresa especializada en el tema. Dos horas por grupo. Desde el 2000 mas o menos existen las buenas prácticas. Además hay cartelera al ingreso. De todos modos hay conflictividad a pesar de la capacitación y al principio hubo resistencia pero con los años mermó hasta casi desaparecer. En los casos en que no se cumple primero se utiliza la disuasión: “le recuerdo que no debe hacer tal o cual cosa”. Luego llamado de atención. Si continúa finalmente apercibimiento por escrito. La tercera amonestación y cuarta suspensión.

En la convicción de que ambos hechos han quedado acreditados, concluyo en la suficiencia de motivación para excluir al delegado Rolandelli de la garantía sindical, a fin de que la empleadora imponga la suspensión solicitada para cada uno de los incumplimientos. Resultó demostrada la violación del deber de obediencia y de conducta. Respecto del uso del aparato celular en zona prohibida bien pudo haber pedido la autorización del caso para sortear el impedimento. Si como ciertamente lo sostuvo, en apariencia los jefes de sector y capataces obvian la prohibición, bien pudo con fundamento en ello reclamar por la necesidad de control que solo podía realizar con un elemento que le permitiera seguir la corrección del reloj general.

El otro episodio, relativo al agravio o la adopción de actitudes amenazantes hacia un superior, las encuentre o no justificadas en el marco en que se desarrollan los hechos, denotan una inconducta que también requiere ser sancionada como falta disciplinaria.

Si bien uno de los hechos se habría motivado en el ejercicio de una función gremial representativa (contralor del reloj) ante manifestaciones de sus representados en el sentido de que habría algún error, la modalidad para llevarla adelante traduce desaprensión por reglas establecidas que no hay razones para violar y la utilización de modalidades evitables, pasando por encima de lo que todos están obligados a respetar.

III.- ACOGIMIENTO FAVORABLE DE LA EXCLUSIÓN: Teniendo en consideración que según lo dicho en el capítulo anterior de este considerando, esta decisión hará cosa juzgada respecto no solo del efectivo acaecimiento de los hechos denunciados, sino también en cuanto al límite de la sanción que se proyectó imponer, consistente en dos días de suspensión por cada una de las indisciplinas descriptas y acreditadas, entiendo que debe hacerse lugar a la demanda y su ampliación y excluir al Sr. Juan Angel Rolandelli de la tutela sindical dentro de los alcances sancionatorios indicados. **TAL MI VOTO.**

A las mismas cuestiones el Dr. Diego Brogini dijo: Adhiero a la solución que propone

la colega preopinante, al enrolarme junto a ella en la teoría que califica al proceso de exclusión de tutela sindical como un juicio declarativo pleno, cuyos presupuestos hallo en el caso plenamente justificados.

En efecto, en carácter de Juez Subrogante del Juzgado Federal de esta ciudad tuve ocasión de expedirme en sentencia definitiva dictada con fecha 4/5/2007 en los autos caratulados "“BANCO NACIÓN ARGENTINA c/ BERARDI, OSCAR ALBERTO s/ SUMARÍSIMO” (Expte. N° 378, Folio 88, Año 2003, del registro de dicha sede judicial), expresando que la acción normada por el art.52 de la ley 23.551 se halla concebida como un medio de protección de los derechos de libertad sindical garantidos en el art.14 bis de la Constitución Nacional, prohibiendo el despedido o la modificación de las condiciones laborales de los trabajadores a que se alude en los arts.40, 48 y 50 de la misma norma “...si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el art.47...”.

Resulta una vía amplia en cuanto a sus alcances, desde que se impone en todos los casos en que se pretende tanto modificar el vínculo que se mantiene con el dependiente amparado por la garantía sindical, como ejercer sobre él cualquier aspecto del poder de organización y dirección, o bien sentar criterio sobre la conducta a través de la imposición de sanciones, hallándose de ese modo vedado al empleador despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los empleados tutelados.

Si se pretende entonces que existe una justa causa para adopar alguna de estas decisiones, que en principio la ley veda, “...debe iniciar una acción judicial persiguiendo que el órgano jurisdiccional competente, excluya al trabajador imputado de la garantía sindical que le acuerda la ley...”. Ello por cuanto “...la finalidad de la disposición tiende a que el bien jurídicamente protegido, la libertad sindical, no sea desnaturalizado por decisiones del empleador que no hayan previamente pasado por el tamiz de la Justicia...”, de donde “...respecto de los delegados sindicales, la ley supedita la aplicación de sanciones disciplinarias o el ejercicio del jus variandi a la decisión judicial previa de exclusión de la garantía...” (Cfr. Enrique Rodríguez y Héctor Recalde, “Nuevo Régimen de Asociaciones Sindicales”, Buenos Aires, Ed. Gizeh S.A., 1989, pág.246 y ss.).

En cuanto al objeto de la acción, lo que por este medio corresponde decidir es la concurrencia de los presupuestos necesarios para excluir al trabajador de la garantía de que goza con relación a la concreta y determinada medida que el empleador pretende adoptar, pero sin que sobre esta última quepa entrar a conocer, ya que la vía para su

cuestionamiento es la impugnatoria prevista en la ley procesal pertinente, que habrá de abrirse una vez que -excluida la tutela- la sanción se haga efectiva.

De ahí que el marco de decisión apunta por un lado a la comprobación de los hechos motivantes del pedido (cuestión fáctica) y, por el otro, al análisis de proporcionalidad entre aquéllos y la pretensión de exclusión de la tutela (cuestión jurídica), pero con miras a la sanción que se pretende imponer, pues de no ser así se estaría dando al empleador una carta en blanco para que, excluido el trabajador de aquella por la vía judicial de marras, el principal aplicase luego una sanción desproporcionada o excesiva, legitimándose una violación de la libertad sindical, burlando el dispositivo instituido por la ley.

Es tal entonces el mecanismo con que se cumple la protección de los especiales derechos involucrados, dando a su titular la posibilidad de discutir tanto los hechos que se aleguen para su exclusión como de la correspondencia de los mismos con la medida que se pretende aplicar.

Desde el momento en que el carácter sumarísimo asignado al trámite por decisión procesal del legislador en nada obsta al judicante para la indagación amplia de la materia fáctica inherente a las prerrogativas tuteladas, conforme es demostración suficiente de ello la amplitud del debate habido en estas mismas actuaciones, a un nivel que en nada hace justificable diferir la decisión para instancias judiciales ulteriores.

Sin dejar de señalar la subsistencia de estas últimas, bien que para el análisis de del conflicto desde la óptica del derecho laboral común, vale decir sin posibilidad de renovar el conocimiento sobre las cuestiones atinentes a la condición sindical del trabajador, zanjadas con condición de cosa juzgada en este pleito.

Por todo lo expuesto y compartiendo como adelantara la solución del voto precedente en cuanto a la acreditación de los hechos, la proporcionalidad de la sanción que se pretende aplicar y la ausencia de todo elemento que induzca a suponer que ésta última encubre el ejercicio de prácticas antisindicales, considero que corresponde hacer lugar a la demanda y su ampliación con los alcances expuestos.

Dejando aclarado que que aunque la referida sentencia de autos "Banco Nación Argentina c/ Berardi, Oscar Alberto" fue revocada por la Cámara Federal de General Roca, en lo sustancial lo fue en base a fundamentos que dan cuenta de la comunión de ese Tribunal con la postura del conocimiento restringido, limitado a la comprobación del acaecimiento de los hechos y la ausencia de prácticas antisindicales, de manera que en el marco de otro pleito e integrando una jurisdicción diversa, no me irroga ello razón

para apartarme de un criterio que sostuve con convicción.

A las mismas cuestiones el Dr. Nelson Walter Peña dijo: Comparto la opinión de la Cámara Federal de General Roca en autos "Banco Nación Argentina c/ Berardi, Oscar s/ sumarísimo" (Expte.Nº C16.307, Sentencia del 10/10/2007), en cuanto a que el objeto de la acción de exclusión de tutela "...se limita al examen de la concurrencia o no de motivaciones antisindicales y, en su caso, al allanamiento del obstáculo representado por la estabilidad temporal consagrada por la ley 23.551...", con lo que "...la sentencia debe versar solamente sobre esa cuestión...", sin que en consecuencia corresponda al Juez pronunciarse sobre el mérito intrínseco de la causa de la sanción que la empleadora pretende aplicar.

Ello así, excluida la hipótesis de persecución o discriminación fundadas en el desempeño de funciones sindicales, configurada prima facie una imputación seria de violación de los deberes propios del empleado, debe concederse la exclusión de tutela, al efecto correspondiente.

El levantamiento de la protección establecida por la ley 23.551, coloca al trabajador en la misma situación que la de un empleado común, no sin tener en cuenta, que aún en este caso no puede prescindirse de la función representativa que ha ejercido el beneficiario de la protección especial y de los enfrentamientos, roces o fricciones en la dinámica interna del establecimiento en ese marco. Lograda la exclusión de tutela sindical, los poderes de dirección y disciplinarios deben ser ejercidos como un buen empleador, los que resultaran susceptibles de revisión judicial en un proceso de conocimiento pleno a instancia del trabajador perjudicado.

Néstor Corte, en su obra "El Modelo Sindical Argentino", 2º Ed., pág. 481 señala que: "...Nos hemos ocupado ya -en la introducción a éste Capítulo- del énfasis que han puesto la doctrina y los antecedentes internacionales, respecto de la importancia que para la debida tutela de la libertad sindical adquieren los medios preventivos. En particular, el mecanismo o procedimiento más comúnmente empleado es el de la autorización previa, mediante el cual se prohíbe que las medidas susceptibles de configurar prácticas antisindicales se adopten sin la previa demostración de la existencia de una causa debidamente comprobada ante un organismo a instancia ajena a las partes en conflicto que se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia del acto. Recordamos en ese sentido, al art. 26 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales (Bogotá, 1948) o lo previsto en la Recomendación n° 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores en la empresa, en el sentido de aconsejar la `exigencia

de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado o de un organismos paritario, antes de que el despido de un trabajador sea definitivo´ o de `imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado´ (art. 6º, inc. 2, apartados b) y e). La Ley n° 23.551 ha instituido, para responder a esas necesidades técnicas de una adecuada protección sindical, un mecanismo normado por el artículo en examen, que se ha dado en denominar `exclusión de la tutela´, cuya funcionalidad y fines son similares al que bajo la denominación de `desafuero sindical´, instrumentó en su artículo 57 de la ley n° 20.615; pero con innovaciones que -a criterio del autor- perfeccionan sustancialmente el mecanismo y permiten armonizar este remedio preventivo con nuestro ordenamiento constitucional y legal...".

Se trata de un mecanismo preventivo de protección sindical que tiende a evitar que se concrete una conducta discriminatoria y la resolución que se adopte debe versar sobre ese aspecto y no sobre la legitimidad o licitud de la medida que pretenda adoptar el empleador. Ésta, una vez dispuesta por el empleador, es susceptible de contralor judicial en un trámite de conocimiento pleno. Admitir lo contrario, desde mi punto de vista, implica un anticipo de jurisdicción definitivo que hará cosa juzgada aún con una medida que todavía no fue dispuesta por el empleador.

Néstor Corte, en la obra citada, pág. 562, y respecto de los que se enrolan en la posición del juicio de conocimiento pleno, tal como lo entendieron mis colegas preopinantes, señala que: "Se ha argumentado frente a esta interpretación, con rigor lógico, que ella no aparece como la más acorde con el espíritu de la ley 23.551, toda vez que el representante sindical, a quien el legislador ha querido resguardar con una tutela especial, no puede quedar en peor situación que aquel trabajador común, que solamente tiene el amparo de una tutela genérica y que como tal goza de la posibilidad de discutir el despido, la suspensión o la modificación de sus condiciones de trabajo en un juicio ordinario de conocimiento amplio, con pleno ejercicio del derecho de defensa, en tanto que el delegado o dirigente quedaría atrapado en las redes de un juzgamiento total y definitivo que debe sustanciarse a través de la vía sumarísima...".

En el presente caso, coincido con los colegas en que en autos no se ha evidenciado por parte de la empleadora el ejercicio de prácticas discriminatorias o persecutorias originadas en el carácter de delegado gremial del demandado, a la luz de los hechos invocados y sobre los que se produjo prueba, motivo por el cual, por estos fundamentos

y sin coincidir con la postura doctrinaria que sostienen los colegas que me precedieron en el voto, habré de adherir a la solución de acogimiento que propician, sin que ello implique abrir juicio acerca de la legitimidad material de los posteriores actos que adopte la empleadora.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la demanda de exclusión de tutela sindical y su ampliación promovida por EXPOFRUT S.A. y en consecuencia excluir al accionado JUAN ANGEL ROLANDELLI de la tutela sindical a efectos de la aplicación de las sanciones que se pretenden, por las razones expuestas en los votos que hacen mayoría en el Considerando.

II.- Con costas al accionado, a cuyo fin se regulan los honorarios de los Dres. Adolfo Orlando Bonacchi, Joaquin Nicolas Garro y Néstor Reali, en calidad de apoderado y patrocinantes de la parte actora, en la suma de \$ 500, en conjunto y los de los Dres. María Simonella y Hernan Pinolini Carcioffi, en el carácter de apoderados y patrocinantes del demandado en la suma de \$ 350, en conjunto.

III.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe estimado de la significación económica de la propuesta de sanción de la empleadora, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

IV.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por el condenado en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DR.DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal de Trámite- Sala II

DRA.GABRIELA GADANO DR.NELSON WALTER PEÑA

Vocal - Sala II -Vocal -Sala II-